



LETRADO: *W. Sancho Sancho*

MI N.º: 20307  
SU N.º:

NOTIFICADO VIA LEXNET 26 MAY 2017

FELIPE JUANAS BLANCO  
ELENA JUANAS PARDERO  
RECURSO CASACION 3813/2014  
Procuradores de los Tribunales de Madrid  
Tlf. 915.622.595  
Fax. 918.625.568  
C/ Constanza, 22  
28013 MADRID

36

RECURSO CASACION núm.: 3813/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente

Lamarca

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Tercera**  
**Sentencia núm. 906/2017**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Pedro José Yagüe Gil, presidente

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza

Dña. María Isabel Perelló Domenech

D. José María del Riego Valledor

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

	EUSKO JAURLARITZA GOBIERNO VASCO Zerbitzu Juridiko Nagusia / Servicio Jurídico Central
JASOTA	JAKINARAZIA
MAY 2017	26 MAY 2017
RECEPCIONADO	NOTIFICADO
M.e./Vto	Art. 151-2 L.E.C.

En Madrid, a 23 de mayo de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 3813/2014, interpuesto por Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Llorens Pardo, con la asistencia letrada de don Ernesto Benito Sancho, contra la sentencia de 30 de julio de 2014, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso número 940/2012, sobre resolución del Consejo Vasco de la Competencia, en el que ha intervenido como parte recurrida la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador de los Tribunales don Felipe Juanas Blanco.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia el 30 de julio del 2014, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«QUE DEBEMOS DESESTIMAR COMO DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Nº 940/12 INTERPUESTO POR LA REPRESENTACION PROCESAL DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2012, QUE, PRIMERO, ESTIMA LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN ELEVADA POR EL EXTINTO SERVICIO VASCO DE LA COMPETENCIA, Y EN CONSECUENCIA, DECLARA LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA LEY 15/2007, Y SEGUNDO, RESUELVE NO SANCIONAR A LAS EMPRESAS POR LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN, Y LA RESOLUCIÓN DE 31 DE AGOSTO DE 2012 DEL MISMO CONSEJO, QUE DA POR DESISTIDAS A LAS RECURRENTES DE SU PRETENSIÓN DE DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE DATOS OBRANTES EN EL ESCRITO DE ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y DECLARA CONCLUSO EL PROCEDIMIENTO, DECLARANDO SU CONFORMIDAD A DERECHO, CON IMPOSICIÓN A LAS RECURRENTES DE LAS COSTAS DEL PROCESO.»

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y el Letrado de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 4 de noviembre de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.



**TERCERO.-** La indicada parte recurrente presentó, con fecha 22 de diciembre de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta sala que dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida por no ser la misma conforme a derecho, y declare la consiguiente nulidad de la resolución dictada el 7 de septiembre de 2012 por el Consejo Vasco de la Competencia, por no ser conforme a derecho, condenando en todo caso en costas a la Administración demandada.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso, se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco por escrito de 24 de abril de 2015, en el que solicitó a la sala que dicte sentencia que declare no haber lugar al recurso de casación y confirme en todos sus extremos la sentencia de instancia, con imposición a las recurrentes de las costas del presente proceso.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 16 de mayo de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de julio de 2014, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, contra las resoluciones del Consejo Vasco de la Competencia, de 7 de septiembre de 2012 y de 31 de agosto de 2012.

Las dos resoluciones del Consejo Vasco de la Competencia impugnadas en la instancia, efectuaron los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

1) La resolución de 7 de septiembre de 2012 acordó: 1) estimar la propuesta de resolución elevada por el extinto Servicio Vasco de la Competencia y, en consecuencia, declarar la existencia de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, y 2) no sancionar a las empresas por la comisión de la infracción atendiendo a las circunstancias señaladas.

2) La resolución de 31 de agosto de 2012 acordó dar por desistidas a las recurrentes de su pretensión de declaración de confidencialidad de datos obrantes en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución y declarar concluso el procedimiento.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación interpuesto por Telefónica de España SAU (TESAU) y Telefónica Móviles España SAU (TME) se articula en cuatro motivos, formulados los tres primeros al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y el motivo cuarto por el cauce del apartado c) del mismo texto legal.

El motivo primero del recurso denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 137 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 24.2 CE y de la jurisprudencia que los interpreta.

El motivo segundo invoca la vulneración del principio de responsabilidad, como elemento culpabilístico, consagrado en el artículo 130 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 24.2 CE y la jurisprudencia que los interpreta, así como la jurisprudencia que exige una prueba acabada de culpabilidad.

El motivo tercero alega la infracción del principio de confianza legítima recogido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992 y oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que definen el alcance y los requisitos del principio de confianza legítima, destacando la necesidad de examinar las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto.



El motivo cuarto aduce vulneración del artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el artículo 24 CE, por no admitir la sala de instancia la ratificación y declaración del perito autor del dictamen pericial aportado por la parte recurrente, y vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que incide en la necesidad de justificar la relevancia de la ratificación de las pruebas.

**TERCERO.-** Examinamos en primer lugar, por razones de sistemática y lógica procesal, el motivo cuarto del recurso de casación, en el que se denuncia, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al no haber admitido la sala de instancia la ratificación del perito autor del dictamen pericial aportado por la parte, con infracción de los artículos 60 de la Ley de la Jurisdicción y 24 CE.

Indica la parte recurrente que solicitó la ratificación del perito y formuló el oportuno recurso de reposición frente al auto que no admitía la citación del perito a efectos de ratificación y aclaraciones, y en justificación de la relevancia de la ratificación señala que los pronunciamientos de la sentencia ponen de relieve que el Pliego de condiciones técnicas del concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao era susceptible de diversas interpretaciones, habida cuenta su redacción confusa o equívoca, y la ratificación del perito resultaba crucial para sostener la argumentación mantenida a lo largo de todo el procedimiento, y demostrar que la concurrencia de las sociedades recurrentes en UTE junto con Euskattel no respondía a una intención deliberada de falsear la competencia, sino que respondía a la propia configuración del concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao, cuyos pliegos llevaron a la parte a la creencia legítima de que el único modo de atender las notables exigencias técnicas del Pliego -unido a la expresa posibilidad de concurrir mediante una UTE- eran mediante la unión con Euskattel.

La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco alegó, como cuestión previa sobre este motivo del recurso, que el mismo es inadmisibile en tanto se formula simultáneamente al amparo de las letras c) y d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción.

Las alegaciones de la parte recurrida no pueden ser acogidas, pues la denegación por la Sala de instancia de la ratificación del perito en su dictamen se denuncia de forma exclusiva en este motivo cuarto del recurso, mientras que el motivo primero del recurso, denuncia al amparo de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción la infracción del principio de presunción de inocencia, consagrado en los artículos 137 de la Ley 30/1992 y 24.2 CE, por considerar que no se ha practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para acreditar los hechos constitutivos de la infracción, y si bien es cierto que en el motivo se cita como omisión probatoria la inadmisión de la comparecencia del perito autor del informe pericial aportado por la parte recurrente, se trata de un argumento a mayor abundamiento, pues la crítica de la insuficiencia de la prueba practicada para desvirtuar la presunción de inocencia, que como decimos es la infracción que se denuncia en este motivo, se refiere lógicamente a la prueba de cargo reunida por la Administración en el expediente administrativo para acreditar la conducta infractora, y para tal finalidad de demostrar la insuficiencia de la prueba inculpatoria, resaltó la parte recurrente en este motivo las omisiones en las que, en su criterio, incurran los datos y documentos considerados por la sala de instancia relevantes para la decisión del caso, que fueron según cita la parte recurrente: i) los acuerdos expresos suscritos entre el Grupo Telefónica y Euskaltel, ii) los informes elaborados por la Dirección de Informática y Telecomunicaciones del Gobierno Vasco y por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y iii) los datos sobre el mercado y las cuotas del Grupo Telefónica y Euskaltel, y estas omisiones denunciadas por la parte recurrente, todas ellas relacionadas con la prueba de cargo efectuada por la Administración, son ajenas a la diligencia de ratificación pericial denegada y tienen sustantividad propia para integrar este primer motivo del recurso.

**CUARTO.-** Para resolver el alegato de la parte recurrente, que considera que la denegación de la ratificación del perito en su dictamen quiebra el derecho de defensa reconocido por el artículo 24 CE, hemos de hacer referencia a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, en relación con el derecho fundamental a utilizar



los medios de prueba pertinentes para la defensa, que se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001).

Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.

Proyectamos seguidamente los anteriores criterios del Tribunal Constitucional sobre la actuación procesal a que se refiere la parte recurrente, que consistió en la denegación por la sala de instancia de la solicitud de comparecencia del perito autor de un informe, a fin de que se ratifique en el mismo y contesta a las preguntas y aclaraciones que pueda formular la parte.

En el tercer otrosí de la demanda, la parte recurrente solicitó el recibimiento del recurso a prueba, señaló los hechos sobre los que debía versar la prueba y solicitó al efecto como diligencia de prueba el dictamen pericial de parte, señalando que a causa de la complejidad y de la extensión de la documentación objeto del informe resultaba imposible su aportación con la demanda, si bien de conformidad con el artículo 337 de la LEC anunció su



aportación tan pronto como dispusiera del mismo, incluyendo en el otro si la solicitud de comparecencia del perito autor del informe, en los términos que se han señalado.

Por escrito de fecha 1 de octubre de 2013, presentado con anterioridad al recibimiento del pleito a prueba, la parte recurrente aportó a las actuaciones el informe pericial, sobre "análisis de la capacidad técnica de la red fija de Telefónica para prestar los servicios requeridos por el Ayto. de Bilbao", elaborado por la empresa de consultoría PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios S.L. (PwC) y firmado por C.F.L., E.C. y F.P.C.

y solicitó a la sala la comparecencia de cualquiera de los autores, a fin de que se ratifique en el mismo y conteste a las preguntas que le formule dicha parte.

La sala admitió el dictamen pericial pero denegó la comparecencia solicitada del perito autor del Informe, e interpuesto recurso de reposición contra dicha denegación, el recurso fue desestimado por auto de 17 de marzo de 2014, con el razonamiento de que *"no le cumple a la parte que encarga y aporta un informe en base al artículo 265, 336.6 337 LEC, completar su dictamen en fases orales o comparecencias posteriores a cargo del perito de su propia designación, lo que, en la práctica, daría lugar a dos actuaciones periciales a su arbitrio, sin que la segunda de ellas se corresponda con la objetividad de las reglas de la designación de los peritos procesales, sin que sea tampoco asumible la posibilidad de que dicho perito haya de "aclarar" o "completar" su dictamen en pro de la misma parte que lo encarga e incorpora libremente a las actuaciones con plena asunción de su contenido."*

La denegación de la comparecencia del perito para ratificación y aclaraciones se basa, en definitiva, en que se trata de un Informe pericial aportado por la parte recurrente, y esta Sala ya se ha pronunciado sobre la disconformidad a derecho de una denegación de esta diligencia de prueba basada en dicho único motivo, en sentencias de 24 de febrero de 2014 (recurso 155/2011), 13 de marzo de 2014 (recurso 811/2011) y 2 de octubre de 2014 (recurso 5189/2011), que señalan que la decisión de la Sala de instancia de denegar la





admisión del medio de prueba consistente en que se acordase la declaración del perito, no tiene cobertura ni en el artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni en el artículo 347 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *"pues la circunstancia de que el perito no fuere designado judicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permite, sin menoscabo del derecho de defensa, restringir la intervención del perito en el proceso, cuando se evidencia que sus eventuales respuestas a las preguntas y objeciones que pudieran formular las partes no se revelarían impertinentes o inútiles, sino convenientes para contribuir a esclarecer hechos controvertidos de forma significativa en el proceso."*

Es claro, por tanto, que en el presente caso se ha producido el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con infracción del artículo 60 de la LJCA, invocado por la parte recurrente.

También se cumple el requisito del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción, de haber pedido la parte que formula el motivo la subsanación de la falta o la transgresión en la instancia, mediante la interposición del oportuno recurso de reposición contra la denegación de la solicitud de comparecencia del perito autor del informe, como antes hemos dicho.

Queda por ver si concurre el requisito de que la vulneración de las normas relativas a las garantías procesales descrita haya producido real o material indefensión, lo que ocurrirá cuando la diligencia de prueba denegada se traduce en un impedimento o limitación improcedente del derecho de alegar o de acreditar en el proceso los propios derechos o intereses.

Pues bien, el dictamen pericial aportado por la parte recurrente tenía por título: "Análisis de la capacidad técnica de la red fija de Telefónica para prestar los servicios requeridos por el Ayuntamiento de Bilbao", y mantenía que la documentación del concurso no resultaba clara y estaba sujeta a interpretación, si bien teniendo en cuenta la duración del contrato (4 años) y el pliego de prescripciones técnicas, se deduce que contempla la mejora de una

parte indeterminada de las líneas de ADSL de que disponía en ese momento el Ayuntamiento de Bilbao en líneas de hasta velocidades de 10 Mbps o superiores, y concluye señalando que la red de pares de cobre con la que contaba en la zona Telefónica no le permite ofrecer dichas velocidades en al menos 9 de las sedes del Ayuntamiento de Bilbao incluidas en la licitación.

En su escrito de casación la parte recurrente alega que el defecto procesal que denuncia le ha causado indefensión, porque la ratificación del perito hubiera servido para esclarecer porqué se entendió por las sociedades recurrentes que el Pliego del concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao preveía una mejora de las líneas de ADSL hasta velocidades de 10 Mbps, que Telefónica no tenía capacidad técnica para ofrecer, de forma que se le ha denegado una prueba que resultaba crucial para sostener la argumentación mantenida a lo largo del procedimiento, que se basaba en que la concurrencia de las sociedades recurrentes junto con Euskaltel no respondía sino a la propia configuración del concurso convocado por el Ayuntamiento de Bilbao, cuyos Pliegos llevaron a la parte a la creencia legítima de que el único modo de atender a las notables exigencias técnicas del Pliego era mediante la UTE con Euskaltel.

La sentencia impugnada consideró, por su parte, que era una cuestión esencial del proceso (FJ 3º) la de determinar si la presentación conjunta de la oferta por Euskaltel y el Grupo Telefónica, con el compromiso de constituir una UTE, respondía a las especiales características de la licitación, que hacía necesario este proceder, al carecer cada una de las empresas de capacidad técnica para prestar de forma individual los servicios objeto del concurso.

Por tanto, la ratificación del perito denegada por la Sala tenía por objeto aclaraciones sobre las exigencias de las prescripciones técnicas del concurso y la capacidad para atenderlas del Grupo Telefónica, que constituirían la cuestión debatida, y la denegación de dicha ratificación –por las únicas razones que se han expresado por la Sala de tratarse de un informe pericial de parte- supuso para la parte recurrente una privación o limitación de la



posibilidad de probar hechos cruciales para que pudiera prosperar su pretensión, determinante de indefensión.

Procede, por tanto, como solución más acorde con el respeto debido al principio de efectividad de la tutela judicial, la estimación del motivo cuarto del recurso de casación.

Ahora bien, como pone de manifiesto la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su escrito de oposición, la estimación de este motivo en ningún caso puede dar lugar a la declaración de nulidad de la resolución de 7 de septiembre de 2012 del Consejo Vasco de la Competencia, que es la pretensión que deduce la parte recurrente en el suplico de su demanda para el caso de estimación del recurso de casación, sino que de conformidad con el artículo 95.2.c) de la Ley de la Jurisdicción, la declaración procedente es la de ordenar la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta denunciada, al objeto de que se practique la comparecencia del autor del informe pericial en los términos solicitados por la parte recurrente, y ello sin perjuicio obviamente de la valoración que de la misma efectúe la Sala de Instancia de conformidad con las reglas de la sana crítica.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso, ni las originadas en la instancia.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



**HA LUGAR** al presente recurso de casación número 3813/2014, interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles España SAU, contra la sentencia de 30 de julio de 2014, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso número 940/2012, que casamos y anulamos, ordenando la retroacción de actuaciones del citado recurso contencioso administrativo al momento procesal en que se debió admitir la prueba de comparecencia del perito, sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro José Yagüe Gil

Eduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

María Isabel Perelló Doménech

José María del Riego Valledor

Ángel Ramón Arozamena Laso

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, estando constituida la sala en audiencia pública, de lo que certifico.